



**PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA**



No. de trámite:

**401096**

Fecha recepción: **2021-01-15 15:14**

No. de referencia:

**T.539-SGJ-21-0020**

Fecha documento: **2021-01-15**

Remitente:

**Lenín Boltaire Moreno Garcés**

morenal@presidencia.gob.ec

Institu. Remitente:

**PRESIDENCIA**

Revise el estado de su documento con el usuario **1703597375** en:

<http://dts.asambleanacional.gob.ec>

*Oficio: 35 fojas*  
*Anexo: 22 fojas*

Oficio No. T. 539-SGJ-21-0020  
Quito, 15 de enero de 2021

Señor  
César Solórzano  
**PRESIDENTE DE LA ASAMBLEA NACIONAL (e)**  
En su despacho

De mi consideración:

El pasado 16 de diciembre de 2020 fui notificado con el oficio No. PAN-CLC-2020-0365 al cual se acompañó el **PROYECTO DE LEY ORGÁNICA REFORMATORIA DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL EN MATERIA ANTICORRUPCIÓN**.

En este contexto, de conformidad con los artículos 137 y 138 de la Constitución de la República del Ecuador; y, 63 y 64 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, presento a usted y, por su digno intermedio, a la Asamblea Nacional, mi **OBJECCIÓN PARCIAL** al referido Proyecto de Ley, que se contiene en los siguientes términos:

**I**

**Objeción al artículo 1**

El artículo 1 propone la inclusión de una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas aplicable para todos los delitos que admitan este tipo de responsabilidad, contenidos en el Código Orgánico Integral Penal vigente.

De la revisión de la normativa nacional y de derecho comparado que se ha realizado, se observa que esta modificación haría que el Ecuador sea el único país en la región que contiene un código penal que permite la reducción de la sanción a las personas jurídicas sobre la base de la implementación de sistemas de integridad.

Al respecto, el referente normativo más cercano al Estado ecuatoriano es el español, cuya legislación penal ha establecido que sólo podrá atenuarse la responsabilidad de la persona jurídica, cuando luego de la comisión del delito, y a través de los representantes legales de la persona jurídica, se hayan desarrollado las siguientes actividades:

- 1) Confesar la infracción;
- 2) Colaborar con la investigación aportando pruebas nuevas y decisivas;
- 3) Reparar o disminuir el daño causado, con anterioridad a la etapa de juicio, o;
- 4) Haber establecido medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en un futuro pudiesen cometerse, con anterioridad a la etapa de juicio.



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

En la propuesta del artículo 1 del Proyecto de Ley no se ha incluido ninguna de estas situaciones lo que hace de la propuesta una norma bastante amplia que permitiría que la configuración de la atenuante se realice por cualquier persona jurídica ante cualquier delito que se pudiese haber cometido, de conformidad con los tipos penales que admiten esta responsabilidad en la ley vigente.

En este mismo sentido, es pertinente recalcar que actualmente el Estado ecuatoriano no posee normativa ni mecanismos de control y supervisión de los sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento; por lo cual, incorporar una circunstancia atenuante para las personas jurídicas en estas condiciones podría debilitar la norma penal vigente tanto a nivel nacional como a nivel regional, permitiendo que, a discreción de las personas jurídicas, se implementen sistemas no regulados ni supervisados y que estos sean suficientes para reducir la sanción penal por un delito cometido.

Estas consideraciones son el respaldo principal para realizar reformas al artículo 1 del Proyecto y que el mismo pueda cumplir con el objetivo de mejoramiento de la norma penal en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, incorporando mayor regulación a la misma, que precise que las circunstancias atenuantes para la persona jurídica no podrán entenderse como cooperación eficaz sino como acciones concretas que la persona jurídica como ente separado de los individuos que pudieron haber delinquido en su contexto.

En virtud de lo expuesto, para mantener el nivel de prevención general y especial que la norma vigente presenta, se sugiere el siguiente texto alternativo:

*"Artículo 1. – En el artículo 45, agréguese a continuación del numeral 6, el siguiente:*

*"7. Se considerarán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las siguientes:*

- a) De forma espontánea haber denunciado o confesado la comisión del delito antes de la formulación de cargos con la que inicie la instrucción fiscal, o durante su desarrollo, siempre que no haya conocido formalmente sobre su inicio.*
- b) Colaborar con la investigación aportando elementos y pruebas, nuevas y decisivas, antes de su inicio, durante su desarrollo o inclusive durante la etapa de juicio.*
- c) Reparar integralmente los daños producidos por la comisión del delito, antes de la etapa de juicio.*
- d) Haber implementado, antes de la comisión del delito, sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión, a cargo de un departamento u órgano autónomo en personas jurídicas de mayor dimensión, o una persona responsable en el caso de pequeñas y medianas empresas, cuyo funcionamiento se incorpore en todos los niveles directivos, gerenciales, asesores, administrativos, representativos y operativos de la organización."*



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

### II

#### Objeción al artículo 2

El artículo 2 del Proyecto de Ley propone la inclusión de dos circunstancias agravantes para las personas jurídicas. Dentro de las opciones propuestas en la primera circunstancia se encuentra *“valerse de entramados jurídicos nacionales o internacionales que involucren a otras personas jurídicas.”*

Del análisis de lo citado se constata que la palabra “entramados” no se encuentra definida en ningún artículo en el Código Orgánico Integral Penal vigente, ni del Proyecto de Ley. Dicha palabra tampoco se encuentra definida en jurisprudencia ecuatoriana que pueda ser empleada como antecedente jurisprudencial o sentencia vinculante. Finalmente, la palabra “entramados” no se encuentra definida en los diccionarios jurídicos, por lo cual se concluye que dicha palabra no tiene un significado en el derecho ni en el derecho penal. Para efectos de comprender el alcance que se pretende darse a dicha palabra se ha tenido que atender al significado general de la misma, que según el diccionario de la Real Academia Española consiste en: *“1. m. Conjunto de láminas de metal o tiras de material flexible que se cruzan entre sí. 2. m. Entrecruzamiento de láminas de metal o tiras de otro material. 3. m. Conjunto de ideas, sentimientos, opiniones, etc., que se entrecruzan en un texto. 4. m. Arq. Armazón de madera que sirve para hacer una pared, tabique o suelo, rellenando los huecos con fábrica o tablazón.”*

Aquí se pone de manifiesto que incluir términos que no se encuentran definidos en la legislación, de los cuales no se determina mayor significación sobre su alcance e implicaciones, podría atentar contra la seguridad jurídica y en materia penal, atentaría contra el principio de legalidad que supone que la norma penal debe ser estricta conforme lo establece el numeral 2 del artículo 13 del Código Orgánico Integral Penal que dispone que la norma penal se interpretará respetando el sentido literal de la norma. En este caso, de lo literal de la frase “valerse de entramados jurídicos...” se podría entender que la misma pretende referirse a algo similar a “valerse de un conjunto de normas jurídicas” vigentes para evadir la responsabilidad en el cometimiento de los ilícitos.

Siendo así, a fin de mantener el espíritu de lo propuesto, se ha incluido términos que ya están identificados y son frecuentemente empleados en la legislación penal como agravantes como lo es la frase “valerse de otros” para cometer la infracción.

Respecto del segundo inciso del artículo 2 del Proyecto de Ley, mismo que sugiere como agravante *“Haber requerido, exigido, solicitado o contratado servicios de auditoría externa con el propósito de encubrir el hecho ilícito.”*, se observa que no se precisa diferencia de lo propuesto como agravante sin que este mismo acto ya constituya un delito en sí mismo, que ya se encuentra tipificado y corresponde al delito de fraude procesal.

Al respecto, se plantea que contar con “servicios de auditoría externa” tendría como finalidad alterar el estado de las cosas para encubrir un ilícito e inducir a engaño a la autoridad (que en materia penal es el juez); toda esta configuración de actividades da lugar al delito de fraude procesal que se encuentra tipificado en el artículo 272 del Código Orgánico Integral Penal, que describe en su primer inciso:

**“Art. 272.- Fraude procesal.-** La persona que con el fin de inducir a engaño a la o al juez, en el decurso



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

de un procedimiento civil o administrativo, antes de un procedimiento penal o durante él, oculte los instrumentos o pruebas, cambie el estado de las cosas, lugares o personas, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.”

Siendo así, incluir una circunstancia agravante que, a su vez, puede configurarse como un delito autónomo generaría confusión en la aplicación de la norma penal, debilitando las figuras ya existentes.

En virtud de lo expuesto, para mantener armonía con los componentes de la norma penal vigente y aportar con avances en la materia, se sugiere el siguiente texto alternativo:

*“Artículo 2.- Agréguese a continuación del numeral 20 del artículo 47, el siguiente numeral:*

*“21. Haber sido sentenciada previamente por el mismo delito en el caso de las personas jurídicas o valerse de otras personas jurídicas nacionales o extranjeras para el cometimiento del delito, o valerse de la normativa vigente para evadir la responsabilidad en el cometimiento de los ilícitos.”*

### III

#### Objeción al artículo 3

El contenido del artículo 3 reforma sustancialmente el concepto de responsabilidad penal de la persona jurídica, sujetándolo a la verificación de alguna de las siguientes condiciones:

- a) Falta de implementación de sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión; o,
- b) Por incumplimiento de las mismas (a los sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, etc.).

Es decir, la persona jurídica será responsable penalmente sólo si verifica que ha incurrido en alguna de las condiciones citadas. O en su defecto, se entiende que si ha implementado algún sistema de integridad, norma, programa o política cumplimiento, quedará exento de responsabilidad penal.

Respecto de la primera condición, es necesario manifestar que actualmente el Ecuador no posee legislación ni regulaciones mínimas en materia de sistemas de integridad, normas o programas anticorrupción, que permitan, por lo menos, orientar con directrices generales, el contenido mínimo de estos sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas, para que sean efectivos.

Aun así, las empresas que acogen estos sistemas lo hacen buscando demostrar su compromiso con la transparencia, en un ejercicio de autorregulación, que, si bien, no se sujeta a normas de derecho específicas, si encuentran su fundamento en las normas de *softlaw* y en el funcionamiento evolutivo de la economía globalizada, en el que, las organizaciones empresariales alcanzan significativos niveles de desarrollo y complejidad. Precisamente los mecanismos de cumplimiento normativo son una respuesta frente a dificultad para los Estados de regular aspectos privados de la economía que se pueden manifestar en un fenómeno criminológico.



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Es así que, las dinámicas de la teoría del funcionalismo sistémico propia de sistemas sociales autopoieticos<sup>1</sup> fundamentan la responsabilidad de la persona jurídica sobre la base de sus propios defectos de organización, circunstancias que facilitan a que los administradores o agentes de la empresa cometan ilícitos, en su propio provecho y en favor de la persona jurídica. Mientras que la falta de organización intencional demuestra elementos de actuación dolosa o, en algunos casos, culposa o imprudente.

Siendo así, la norma propuesta prevé la implementación de un sistema de autorresponsabilidad de la persona jurídica en el ámbito penal, con una serie de dudas que impiden establecer a ciencia cierta la fórmula de imputación objetiva y subjetiva por el delito propios de la persona jurídica, esta incertidumbre, permite interpretaciones y aplicaciones disimiles de la norma.

Por lo que, es imperativo establecer el alcance a la norma del artículo 49 del COIP, determinando, al igual que muchos ordenamientos regionales y el español, que la buena organización y la cultura de transparencia se manifiestan con la implementación de programas de cumplimiento, que evidentemente, deben respetar una serie de requisitos, como por ejemplo aquellos señalados en el artículo 4 de la ley 20.393 chilena, el artículo 23 de la ley 27.401 argentina, y del artículo 31 bis del Código Penal español.

Por su parte, los sistemas de integridad, los programas anticorrupción, las políticas de cumplimiento y demás variantes tienen características generales para que sean considerados como tal. Entre estas se encuentran: identificación, detección y administración del riesgo, controles internos con responsables para procesos que entraña riesgo, supervisión continua tanto interna como evaluaciones independientes de los sistemas, programas y políticas, protocolos o procedimientos para la adopción y ejecución de decisiones sociales, modelos de gestión financiera, el canal de denuncias, Código de Ética, capacitación del personal, el monitoreo y evaluación continua de los componentes del sistema, los mecanismos de investigación interna, la obligación de informar al encargado de cumplimiento sobre posibles riesgos o incumplimientos, normas para sancionar disciplinariamente las vulneraciones del modelo, los programas conozca a su clientes o debida diligencia, e inclusive el cumplimiento de otras normas de carácter extrapenal.

Siendo así, con ocasión del contenido propuesto en el artículo 3 del Proyecto de Ley, surgen las siguientes preguntas:

- ¿En base a qué criterios las personas jurídicas estructurarán sus procesos de identificación y detección de riesgos?
- ¿Cuál es el criterio que aplicarán para la administración del riesgo? ¿Cómo se determinará un criterio homologado para administración del riesgo, por tipo de delito?
- ¿Quién será el responsable de las evaluaciones que deben realizarse a estos sistemas?

Al no existir regulación administrativa alguna que determine qué entidad pública contribuirá y apoyará a las personas jurídicas en estos procesos y cuáles son los parámetros mínimos que las personas jurídicas deben cumplir, ninguna de estas preguntas tiene respuesta. Entonces, ¿se podría suponer que las personas

---

<sup>1</sup> Que mantienen su autonomía y se desarrollan conforme sus propios lineamientos.



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

jurídicas podrán desarrollar estos sistemas, programas y políticas a discreción?

En este sentido, es necesario incluir los requisitos mínimos del sistema, ya que, el Estado ecuatoriano no tiene regulaciones administrativas sobre cumplimiento -más allá de aquellas a las que obliga la institucionalidad internacional de lavado de activos-, y a efectos de solventar los vacíos del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica, esclareciendo que nuestro sistema es de autorresponsabilidad, o responsabilidad por el hecho propio que equivale a un defecto de la organización, por el contrario, las escasas sentencias dictadas en el país, se aplicaría el sistema de heterorresponsabilidad, vicarial o por transferencia, en vulneración de los principios informadores del derecho penal.

Estos razonamientos generan gran preocupación pues abren la puerta a un escenario sumamente amplio que contiene un alto grado de discrecionalidad para las personas jurídicas para auto-regularse y cumplir estos supuestos de la norma penal. Se advierte que un alto grado de discrecionalidad en la auto-regulación puede devenir en arbitrariedad, y generar arbitrariedad en la aplicación de las salvedades de la norma penal, generaría impunidad: por lo tanto, es necesario que exista una norma legal y una reglamentación a estos efectos.

Adicionalmente, se precisa que el Código Orgánico Integral Penal, contempla la participación de la persona jurídica en delitos como:

- Genocidio, etnocidio, exterminio, delitos de lesa humanidad;
- Trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, pornografía infantil, turismo sexual;
- Estafa, tráfico de tierras, comercialización de medicamentos caducados, lavado de activos, entre otros.

De los delitos citados como ejemplo, sólo uno posee normativa que se aproxima a un sistema de integridad o de prevención del delito, y es el delito de lavado de activos. A través de la Ley de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos, el Estado mediante sus instituciones provee, supervisa y apoya la implementación de sistemas y mecanismos de detección y administración de riesgos frente al lavado de activos y el financiamiento de delitos, también establece la designación de una persona o unidad responsable del cumplimiento y supervisión de estos mecanismos, y se determina la obligación y herramienta de reporte de irregularidades. Dicho esto, se infiere que el único delito sobre el cual podría verificarse la falta de implementación de los mencionados sistemas o en su defecto, el incumplimiento de estos, sería el de lavado de activos.

Ahora, respecto de la segunda condición que propone el artículo 3 del Proyecto de Ley, considerando que sólo existen regulaciones administrativas de prevención y control para el delito de lavado de activos, surge el siguiente cuestionamiento: Ante la inexistencia de normativa como la Ley de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos para otros delitos, ¿La propuesta de la Función Legislativa respecto de la responsabilidad penal de la persona jurídica, implica que la Función Judicial (fiscales y jueces) aplique los parámetros de la prevención del lavado de activos y del financiamiento de delitos, por analogía, al resto de delitos para determinar el incumplimiento de sistemas de integridad por parte de la persona jurídica?



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

De ser el caso, es necesario recordar que de conformidad con el numeral 3 del artículo 13 del Código Orgánico Integral Penal, queda prohibida la utilización de la analogía para efectos de interpretación y aplicación de la ley penal, puesto que la analogía vulnera el principio de legalidad que implica que toda ley penal debe ser estricta; es decir, debe contener de modo expreso y específico, los presupuestos normativos. Una norma que, de modo explícito o tácito, sugiera el empleo de la analogía para comprenderla o aplicarla, sería inconstitucional por este mismo motivo.

Por otro lado, frente al contenido del artículo 3 del Proyecto de Ley, es pertinente recordar que el Ecuador es signatario de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, misma que en su artículo 10 contiene estándares mínimos de criminalización y establecimiento de responsabilidad de las personas jurídicas.

Este artículo no condiciona la responsabilidad de las personas jurídicas a la falta de implementación de sistemas de integridad o al incumplimiento de los mismos. Al respecto, se resalta que la lógica que existe detrás de la promoción y adopción de estándares mínimos de criminalización en el combate a la delincuencia transnacional, es que la comunidad internacional, en su conjunto, tengan instrumentos jurídicos con conceptos homologados para que ninguna jurisdicción sea más débil o permisiva que otra, frente a determinados delitos que producen afectaciones que sobrepasan las fronteras.

Siendo este el escenario, proponer normas que hagan que la legislación penal ecuatoriana sea más blanda respecto a otras de la región podría afectar directamente el cumplimiento de obligaciones internacionales adquiridas por el Estado ecuatoriano a través del ejercicio de ratificación de instrumentos internacionales desarrollado por la Asamblea Nacional, particularmente en aquellas obligaciones internacionales que promueven el fortalecimiento regional frente a la delincuencia organizada transnacional.

Finalmente, del contenido del artículo 3, salta a la vista que la reforma propuesta elimina la regla general de la responsabilidad de las personas jurídicas, desconociendo una distinción necesaria que debe realizarse para estos efectos.

Es así que, en el amplio escenario de las personas jurídicas, en cuanto a su responsabilidad penal, se puede encontrar personas jurídicas que han sido creadas para delinquir (Ejemplo: Empresas de "papel") y personas jurídicas que habiendo sido constituidas y desarrollando un fin lícito, puedan cometer ilícitos penales (Ejemplo: Empresa petrolera que causa un derrame en la naturaleza). La ausencia de una definición general de responsabilidad penal de las personas jurídicas y la aplicación de dos condicionantes a la misma de modo general para todas las personas jurídicas, permite que incluso aquellas que han sido creadas para delinquir, puedan desarrollar e implementar de modo discrecional los sistemas de integridad, normas, programas, políticas, entre otros, afectando sustancialmente la determinación de responsabilidad de las personas jurídicas que han sido constituidas para cometer delitos a través del poder y las herramientas que una empresa puede generar.

En virtud de todo lo expuesto, a fin de fortalecer el concepto de la responsabilidad penal de la persona jurídica, mantener el cumplimiento de obligaciones internacionales del Estado y aportar con avances en la normativa penal ecuatoriana, se sugiere el siguiente artículo:



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

*“Artículo 3.- Sustitúyase el primer párrafo del artículo 49, por el siguiente texto:*

**Art. 49.- Responsabilidad de las personas jurídicas.-** *En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas.*

*La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito. La responsabilidad penal de la persona jurídica subsistirá aun cuando no haya sido posible identificar a la persona natural infractora.*

*No hay lugar a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica.*

*La responsabilidad penal de la persona jurídica se atenuará de conformidad con el número 7 del artículo 45 del presente Código. Los sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión, deberán incorporar los siguientes requisitos mínimos, sin perjuicio de las disposiciones del Reglamento que se dicte para el efecto, y de otras normas específicas:*

- 1. Identificación, detección y administración de actividades en las que se presente riesgo;*
- 2. Controles internos con responsables para procesos que representen riesgo;*
- 3. Supervisión y monitoreo continuo, tanto interna, como evaluaciones independientes de los sistemas, programas y políticas, protocolos o procedimientos para la adopción y ejecución de decisiones sociales;*
- 4. Modelos de gestión financiera;*
- 5. Canal de denuncias;*
- 6. Código de Ética;*
- 7. Programas de capacitación del personal;*
- 8. Mecanismos de investigación interna;*
- 9. Obligación de informar al encargado de cumplimiento sobre posibles riesgos o incumplimientos;*
- 10. Normas para sancionar disciplinariamente las vulneraciones del sistema; y,*
- 11. Programas conozca a su cliente o debida diligencia.”*





## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

### IV

#### Objeción al artículo 9

El inciso primero del nuevo artículo 278 se confunde servidores públicos con funcionarios bancarios, por lo tanto, es conveniente incorporar un inciso diferente que regule el delito de los funcionarios de entidades del sector financiero, para evitar vaguedades.

Además, siendo tipo básico, no se ha previsto la pena para el primer inciso, se entendería que para el primer inciso no hay pena, estableciéndola solamente para otras circunstancias agravadas, identificándose conductas que estarían por fuera de los agravados.

En el caso del apartado e) del número 3 se estaría agravando la comisión del peculado básico con base a la violación de la contratación de la ley de la materia, pero no se prevé que las empresas públicas no se ciñen en muchas contrataciones a esas normas, sino que tienen normas de contratación propias o por giro específico que no siempre se regulan en la Ley de Contratación Pública. Además, con esta condición de punibilidad agravada, la simple inobservancia del procedimiento deberá probarse en conjunto con el beneficio propio o a favor de terceros, el abuso, la apropiación, la distracción o la disposición de bienes y demás objetos del delito, lo cual presupone una serie de dificultades técnicas en la contratación de bienes y servicios, cuando estos son necesarios para continuar con el desarrollo de un servicio público para la ciudadanía.

Además, en muchos casos la administración se ve forzada a realizar adquisiciones sin atender a estos procesos, por ejemplo, al inicio del ejercicio fiscal, cuando es necesario adquirir bienes o servicios -como el arrendamiento por citar un solo ejemplo- sin contar formalmente con el presupuesto pero con la certeza de que se aprobará, en muchos casos se solicitan servicios sin el correspondiente procedimiento que no puede iniciar sin certificación presupuestaria, y posteriormente se celebran convenios de pago, que sin duda benefician a un tercero. No existe desvalor, pero sí podrían incurrir en un potencial delito según la norma que se objeta.

Las reformas planteadas presentan dificultades técnicas, en particular cuando, ante una situación de crisis económica los precios de los productos podrían caer y consiguientemente el ingreso y la utilidad de la empresa pública, como en el caso de la caída del petróleo, o ante la disminución de la demanda de energía eléctrica para exportación; es decir, los supuestos que se sancionan podrían ocurrir por las mismas contingencias de la economía, pero en ninguna forma se podría afirmar que hay un beneficio para el servidor o para un tercero, ningún ciudadano aceptaría un cargo gerencial en una empresa pública, tampoco existiría un verbo rector identificable, no se estaría sujetando a una inconducta de una persona, sino a un hecho incierto que depende del propio mercado.

Las empresas públicas por su naturaleza se encargan de prestar servicios, y su finalidad, según lo ordenado en la Constitución y en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, es la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, aprovechamiento sustentable de recursos naturales o bienes públicos y desarrollo de otras actividades, pero su fin último es distinto de la generación de rentabilidad, o al menos, esta finalidad no se recogen en los instrumentos normativos, la punición de estos supuestos no estaría justificada, por la propia definición de empresas públicas.



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Además, la reforma al tipo penal de peculado en las condiciones que propone la Asamblea Nacional supondría que el tipo básico que actualmente tiene una pena de entre diez y trece años no tenga una sanción específica, pues, las penas como se encuentran graduadas establecen algunas circunstancias que atenúan la pena o la agravan; sin embargo, la reforma que se plantea generaría que muchas conductas reciban penas inferiores de las vigentes, generando un conflicto de normas por la vigencia de una norma más favorable al reo, o en su defecto la exclusión de algunas conductas.

Se propone el siguiente texto alternativo:

*“Artículo 9.- Sustitúyase el artículo 278 por el siguiente:*

**Art. 278. - Peculado.-** *Las o los servidores públicos; las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado; o, los proveedores del Estado que, en beneficio propio o de terceros, abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.*

*Serán sancionados con la misma pena como responsables de peculado las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración y vigilancia de estas entidades; que, en beneficio propio o de terceros, abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo.*

*Serán sancionados con las siguientes penas, cuando:*

- 1. Con pena privativa de libertad de cinco a siete años:*
  - a. Si utilizan, en beneficio propio o de terceras personas, trabajadores remunerados por el Estado o por las entidades del sector público o bienes del sector público, cuando esto signifique lucro o incremento patrimonial.*
  - b. Si se aprovechan económicamente, en beneficio propio o de terceras personas, de estudios, proyectos, informes, resoluciones y más documentos, calificados de secretos, reservados o de circulación restringida, que estén o hayan estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o han ejercido.*
- 2. Con pena privativa de libertad de siete a diez años:*
  - a. Si obtienen o conceden créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones, en perjuicio de la Institución Financiera.*



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

- b. *A los beneficiarios que intervengan en el cometimiento de este ilícito y a la persona que preste su nombre para beneficio propio o de un tercero, aunque no posea las calidades previstas en el primer párrafo.*
3. *Con pena privativa de libertad de diez a trece años:*
- a. *Si arbitrariamente disponen, se apropian o distraen los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen.*
- b. *Si hubiesen ejecutado dolosamente operaciones que disminuyan el activo o incrementen el pasivo de la entidad.*
- c. *Si disponen de cualquier manera el congelamiento o retención arbitraria o generalizada de los fondos o depósitos en las instituciones del Sistema Financiero Nacional, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dinero.*
- d. *Si causan la quiebra fraudulenta de entidades del Sistema Financiero Nacional.*
- e. *Si evaden los procedimientos pertinentes de contratación pública contenidos en la Ley de la materia. En este caso también se impondrá una multa correspondiente al valor de la contratación arbitraria que se desarrolló. Además, cuando se establezca la existencia y responsabilidad por el delito mediante sentencia condenatoria ejecutoriada, la o el juzgador declarará, como consecuencia accesoria del delito, la terminación unilateral y anticipada del contrato sobre el cual verse la infracción, sin derecho a indemnización ni pago de daño alguno a favor del proveedor.*

*Se aplicará el máximo de la pena prevista en los siguientes casos: cuando se realice aprovechándose de una declaratoria de emergencia o estado de excepción; cuando se realice con fondos o bienes destinados a programas de salud pública, alimentación, educación, vivienda o de la seguridad social; o, cuando estuvieren relacionados directamente con áreas naturales protegidas, recursos naturales, sectores estratégicos, o defensa nacional.*

*Las o los sentenciados por las conductas previstas en este artículo quedarán inhabilitadas o inhabilitados de por vida para el desempeño de todo cargo público, todo cargo en entidad financiera o en entidades de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera.*

*Serán también responsables de peculado los administradores y los miembros del directorio de las empresas públicas, cuando por su acción u omisión los resultados empresariales y financieros anuales de dicha empresa pública estén por debajo de los índices de gestión fijados, especialmente cuando haya reducción de ingresos de más del 10% en comparación con el ejercicio económico anterior, sin justificación alguna de por medio y cuando haya reducción del resultado operacional, o pérdida económica en comparación con el ejercicio económico anterior,*



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

*en más del 25% sin justificación alguna de por medio, ocasionando de tal forma la reducción, y por ende pérdida de recursos estatales, y cuando tales pérdidas se produjeron en beneficio propio o de terceros.*

*La acción penal tomará en cuenta la asistencia de expertos nacionales e internacionales para determinar la existencia de factores externos o macro de mercado inherentes a cada sector, que pudiesen haber incidido en reducciones drásticas de ingresos o de impacto financiero, así como para determinar si la asignación de presupuestos y metas empresariales ha sido adecuada, y si en caso de haber existido deficiencias se tomaron las medidas correctivas empresariales pertinentes."*

### V

#### **Objeción del artículo 11**

Se modifica el tipo penal correspondiente a concusión, ampliando los presupuestos punibles, con la incorporación de elementos esenciales del tipo, y otros, en específico, nociones en el objeto del delito.

En el caso del núcleo del tipo se establece que, el servidor público cometerá delito de concusión en los casos en que "ordenen o exijan arbitrariamente", a diferencia del delito vigente que no señala la naturaleza arbitraria de la acción, es decir, con la reforma, se estaría excluyendo algunas conductas de relevancia penal que actualmente sí son perseguibles, este elemento de arbitrariedad conllevaría la obligación de los sujetos acusadores de probar este nuevo elemento esencial. Al respecto, hay que considerar que ya existen personas sentenciadas bajo el tipo penal vigente, a quienes se les ha sancionado por concusión, sin que el elemento nuclear de la "arbitrariedad" haya sido probado; se pone de manifiesto que una modificación sustancial en los elementos esenciales de la concusión podría crear una suerte de "ley más favorable al reo" y obligaría al juzgador a aplicar la excepción de la irretroactividad de la ley penal a favor de la persona sentenciada.

Se propone el siguiente texto:

*"Artículo 11.- Sustitúyase el artículo 281, por el siguiente:*

***Art. 281.- Concusión.-** Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, sus agentes o dependientes oficiales que abusando de su cargo o funciones, por sí o por medio de terceros, ordenen o exijan la entrega de donativos, dádivas, presentes, promesas, derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, ventajas, sueldos, gratificaciones, beneficios inmaterialles o beneficios económicos indebidos u otro bien de orden material, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.*

*Si la conducta prevista en el párrafo anterior se realiza mediante violencias o amenazas, la o el servidor público, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años.*

*Se aplicará el máximo de la pena prevista cuando se realice aprovechándose de una declaratoria de emergencia o estado de excepción."*



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

### VI

#### Objeción al artículo 12

Se amplía los presupuestos de hecho del delito de tráfico de influencias, sancionando las conductas del servidor público que pudiera influenciar a cualquier persona natural o jurídica, sin embargo, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción no estipula este tipo de comportamientos, únicamente señala la obtención del beneficio indebido en perjuicio del Estado, pues es evidentemente un delito en contra de la eficiencia de la Administración Pública. Si la influencia se ejerce en contra de una persona de derecho privado, estaríamos ante un delito de extorsión por lo que existiría un conflicto entre ambos delitos, generando así confusión en la aplicación de la norma penal y dificultando la adecuada investigación del delito. Ante este particular, es necesario que la reforma se presente de forma específica, señalando que la persona natural o jurídica debe mantener alguna relación con el Estado, o ejercer una competencia pública por delegación.

Se sugiere el siguiente texto alternativo:

*"Artículo 12.- Sustitúyase el artículo 285, por el que sigue:*

***Art. 285.- Tráfico de influencias.-** Las o los servidores públicos, y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, prevaleciendo de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica, ejerza influencia en otro servidor para obtener un acto o resolución que genere un beneficio económico o inmaterial favorable a sus intereses o de terceros, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.*

*Están incluidos dentro de esta disposición las y los vocales o miembros de los organismos administradores del Estado o del sector público en general que, conociendo de esta arbitraria influencia, con su voto, cooperen a la comisión de este delito.*

*Se aplicará el máximo de la pena prevista cuando se cometa aprovechándose de una declaratoria de emergencia o estado de excepción.*

*En caso de determinarse responsabilidad de la persona jurídica será sancionada con la disolución y liquidación y el pago de una multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general."*

### VII

#### Objeción al artículo 14

En el inciso segundo del artículo 14 del proyecto respecto a la tipificación de la infracción por sobrepuestos en contratación pública, mediante el cual establece que el informe de la Contraloría General del Estado que determine la existencia del sobrepuesto en contratación pública, es menester aclarar que la Contraloría General del Estado no genera informes específicos para determinar un sobrepuesto, la competencia de la Contraloría General del Estado es el control de la utilización de los recursos estatales



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

mediante las herramientas que le otorga la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; dentro de dicha ley no se contempla la figura de “informe de la Contraloría General del Estado”, por lo cual incluir esta especificidad que no existe en la norma que regula a la institución es incorrecto.

Asimismo, se precisa que, en atención a lo desarrollado por la Sentencia No.5-13-IN/19 y acumulados es inconstitucional condicionar el desarrollo de las atribuciones de la Fiscalía General del Estado, al desarrollo previo de la actividad de otra institución estatal distinta a la que posee el ejercicio de la acción penal pública.

Ahora, respecto de cualquier determinación de uso de recursos estatales, es fundamental que la Contraloría General del Estado en la comparación para determinar el sobreprecio debe considerarse el precio contratado y el precio del mercado a esa fecha y las circunstancias o factores que lo pudieron alterar y diferenciar del precio ordinario, es decir los factores imputables a las condiciones vigentes de la oferta y demanda del objeto de contratación.

Por tal motivo, se propone el siguiente texto alternativo:

*“Artículo 14.- Luego del artículo 294 agréguese el siguiente artículo:*

***Art. 294.1.- Sobreprecios en contratación pública.-** Las o los servidores públicos, las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado; o, los proveedores del Estado que realicen arbitrariamente los procesos de contratación pública con evidente y comprobado sobreprecio al precio ordinario establecido por el mercado, serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años.*

*A efecto de su investigación, la o el fiscal requerirá a la Contraloría General del Estado informes que permitan determinar un mal uso de recursos públicos en las contrataciones investigadas.*

*La Contraloría General del Estado para la emisión de los informes que corresponda, deberá considerar al momento las circunstancias o factores imputables a las condiciones vigentes de la oferta y demanda del objeto de contratación, en el plazo máximo de treinta días contados a partir de la fecha de la solicitud efectuada por la o el fiscal.*

*Si la conducta prevista en el primer párrafo ha sido cometida aprovechándose de una declaratoria de emergencia o estado de excepción, serán sancionados con el máximo de la pena prevista.”*

### VIII Objeción al artículo 16

El artículo 16 del Proyecto de Ley propone la creación de una disposición específica orientada a crear la obligatoriedad de “informar” de acerca de actos preparatorios o de la comisión de un listado de delitos; ante este particular es preciso señalar que el “deber de denunciar” que se encuentra dispuesto en el artículo 422 del Código Orgánico Integral Penal.



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

La creación de una figura “atenuada” del deber de denunciar, como podría entenderse al “deber de informar” debilitaría la norma vigente. Adicional a esto, el texto propuesto emplea la palabra “informante” descontextualizándola, debido a que la figura del “informante” es una técnica especial de investigación descrita en el artículo 495 del Código Orgánico Integral Penal, de la siguiente manera:

**“Art. 495.- Informante.-** Se considera informante a toda persona que provee a la o al fiscal o al personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, antecedentes acerca de la preparación o comisión de una infracción o de quienes han participado en ella.

Sobre la base de la información aportada, se podrán disponer medidas investigativas y procesales encaminadas a confirmarla, pero no tendrán valor probatorio alguno, ni podrán ser consideradas por sí misma fundamento suficiente para la detención de personas.” (Subrayado añadido)

En atención al artículo citado y al análisis anterior provisto, compartiendo el propósito del legislador, de incentivar la denuncia de actos ilícitos desde la ciudadanía, en especial aquellos relacionados con la corrupción, se propone que exista un deber de denunciar para que el ciudadano se sienta llamado a poner en conocimiento de las autoridades judiciales aquellos actos que no sólo afecten a la administración pública, sino aquellos que quebrante la integridad sexual de niños, niñas y adolescentes.

En virtud de lo expuesto, se propone el siguiente texto alternativo:

**“Artículo 16.-** A continuación del artículo 422, incorpórese el siguiente artículo:

**“Artículo 422.1.- Deber ciudadano de denunciar.-** Todo ciudadano que en el desempeño de su actividad, conociere de la comisión de un presunto delito de obstrucción de la justicia, peculado, enriquecimiento ilícito, cohecho, concusión, tráfico de influencias, oferta de tráfico de influencias, testaferrismo, sobrepregios en contratación pública, lavado de activos, asociación ilícita, delincuencia organizada; actos de corrupción en el sector privado, acoso sexual, abuso sexual y demás delitos contra la integridad sexual y reproductiva, en especial cuando las víctimas sean niños, niñas y adolescentes, denunciará dichos actos de manera inmediata a las autoridades competentes.

*Los nombres, apellidos y demás datos de identidad del denunciante serán considerandos información reservado, debido protegerse esta información por parte de las institucionales responsables y así garantizar la protección de la identidad de la persona que denuncia.”*

### IX

#### **Objeción al artículo 17**

Otorgar una protección especial a la identidad del denunciante de determinados delitos, permite que tanto su identidad como su integridad y la de su familia sean protegidas de represalias. Es así que, en el marco del interés superior del niño, todas aquellas personas que denuncien actos que puedan constituir delitos



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

que atenten contra la integridad sexual de niños, niñas y adolescentes también deberían contar con esta protección.

En 2017, el Ecuador fue evaluado por el Comité de los Derechos del Niño respecto del cumplimiento de la Convención de los Derechos del Niño y en más de una ocasión, mediante el Informe de Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados del Ecuador, recomendó al Estado ecuatoriano el establecimiento de mecanismos de denuncia eficaces ante casos de violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes. En el mismo contexto, en 2020, el Estado ecuatoriano fue sentenciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el caso de violencia sexual en el ámbito educativo en contra de la adolescente Guzmán Albarracín, ante lo cual se sentenció al Ecuador a adoptar medidas para prevenir, detectar, investigar y sancionar la violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes en el ámbito educativo, siendo la denuncia uno de los principales elementos que deben mejorarse en el Ecuador puesto que uno de los principales procesos el Estado fue deficiente en el caso Guzmán Albarracín.

El Ecuador se encuentra desarrollando mecanismos que permitan fortalecer los sistemas de protección de la niñez y adolescencia frente a la violencia sexual. Es así que la Asamblea Nacional ha emprendido acciones para generar mayor protección a los niños, niñas y adolescentes frente a la violencia sexual, es así que se hicieron presentes con iniciativas como la Comisión "AAMPETRA" y la recientemente creada Comisión Especializada Permanente de Protección Integral a Niñas, Niños y Adolescentes.

Siendo este el escenario, a fin de que la norma propuesta cumpla con sus objetivos planteados, es necesario que la misma emplee los términos jurídicos correspondientes, por lo cual se observa el uso descontextualizado que se le da a la palabra "informante". La figura del "informante" es una técnica especial de investigación que se encuentra descrita en el artículo 495 del Código Orgánico Integral Penal, respecto de la cual la información que este aporte, no tiene valor probatorio alguno, por lo cual su empleo en el artículo 17 del Proyecto de Ley no es correcto.

En atención a todo lo expuesto, se sugiere el siguiente texto alternativo:

*"Artículo 17.- Refórmese el primer párrafo del artículo 430.1 en los siguientes términos:*

*Art. 430.1.- Denuncia con reserva de identidad.- La denuncia o información por delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, concusión, cohecho, tráfico de influencias, oferta de realizar tráfico de influencias, y testaferrismo; obstrucción de la justicia, sobreprecios en contratación pública, actos de corrupción en el sector privado; así como lavado de activos, asociación ilícita, delincuencia organizada, producción y tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, enriquecimiento privado no justificado, trata de personas, tráfico ilícito de migrantes o sicariato, acoso sexual, abuso sexual y demás delitos contra la integridad sexual y reproductiva, en especial cuando las víctimas sean niños, niñas y adolescentes, por razones de seguridad, podrá presentarse con reserva de la identidad de la o el denunciante. Esta denuncia será registrada con un código alfa numérico especial que identifique a la persona denunciante y con el propósito de preservar la integridad física, psicológica y material, así como las condiciones laborales actuales del denunciante y su familia."*





## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

### X Objeción al artículo 18

El artículo 18 del Proyecto de Ley incorpora el incentivo por denuncia o por información efectiva para la recuperación de fondos obtenidos de manera ilegal, derivados del cometido de un listado de delitos contenidos en ese artículo. Sin embargo, la norma propuesta deja puertas abiertas para la ejecución de este incentivo; por un lado, la norma no precisa que la información proporcionada sea verificada y que su utilidad para la recuperación de activos sea efectiva. Esta consideración es muy importante puesto que ésta constituye el respaldo de buen uso de los fondos.

Por otro lado, es necesario incorporar una directriz respecto de las entidades responsables de realizar la entrega del incentivo por disposición judicial.

Finalmente, debido a que el incentivo será producto de activos que serán parte del Presupuesto General del Estado, es necesario precisar el momento en el cual aquellos activos pasan a ser de propiedad del Estado y cómo los mismos son otorgados a la persona que haya provisto información efectiva, en el marco de un proceso adecuado considerando la legalidad que requiere tanto un proceso penal como el manejo de recursos estatales.

Estos son dos particulares que deben ser considerados porque los mismos podrían promover que se aporte información que no sea relevante para la investigación y que sobre la provisión de la misma, se exija el incentivo, pudiendo derivar este particular en un mal uso de recursos del Estado.

En razón de lo expuesto, se propone el siguiente texto alternativo:

*“Artículo 18.- Sustitúyase el primer párrafo del artículo 430.2 por el siguiente:*

*“Art. 430.2.- Incentivos por denuncia o información efectiva.- La persona que aporte con elementos probatorios que permitan la recuperación efectiva de bienes, dinero, fondos, activos y beneficios que sean el producto de actividades ilícitas como peculado, enriquecimiento ilícito, concusión, cohecho, tráfico de influencias, oferta de realizar tráfico de influencias, testaferrismo, lavado de activos, asociación ilícita, delincuencia organizada; obstrucción de la justicia, sobrepagos en contratación pública, actos de corrupción en el sector privado; enriquecimiento privado no justificado y producción y tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, podrá acceder a una compensación económica proporcional a los recursos económicos que el Estado logre recuperar, hasta un monto de entre el 10 % y máximo el 20 % de lo recuperado.*

*La determinación del monto de compensación se realizará observando los parámetros de proporcionalidad respecto la calidad de la información y su efectividad para efectos de recuperación de los activos, conforme el procedimiento que Fiscalía General del Estado y el Ministerio de Gobierno determinen.*

*La compensación económica será aplicable para aquellos casos en los que los recursos hayan*



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

*sido obtenidos en perjuicio del Estado, siempre y cuando la información que brinde la persona sea suficiente para localizar el destino final de los recursos económicos involucrados en el delito que se investigue.*

*Este incentivo se otorgará una vez que, mediante sentencia, se haya declarado el comiso de bienes, dinero, fondos, activos y beneficios, y el juzgador haya dispuesto el otorgamiento del mismo, conforme los parámetros de proporcionalidad mencionados en el segundo inciso de este artículo.*

*El cumplimiento del pago del incentivo estará a cargo a la entidad nacional de administración de bienes y de la entidad nacional responsable de las finanzas públicas, quienes elaborarán el respectivo instructivo para el efecto.”*

### XI

#### Objeción al artículo 20

A fin de evitar que dentro de una investigación de peculado en contratación pública se destruya u obstaculice la práctica de pruebas o se desaparezcan elementos de convicción, se ha considerado la inclusión de una medida cautelar orientada a suspender de modo provisional el proceso de contratación pública, así como la suspensión de pagos que se encuentren en trámite. De conformidad con el contenido del artículo 20 del Proyecto de Ley, la posibilidad de solicitar esta medida por parte del fiscal, se encuentra condicionada a un informe previo, favorable y urgente de la Contraloría General del Estado.

Esta disposición resultaría inconstitucional de conformidad con los pronunciamientos de la Corte Constitucional contenidos en la Sentencia No.5-13-IN/19 y acumulados:

**36.** La Constitución otorga a la Fiscalía la competencia de acusar y de impulsar la acusación en el juicio penal. De esta forma consagra el sistema acusatorio, al distinguir la actividad investigativa y persecutorio de la jurisdiccional.

**37.** La Fiscalía General del Estado es el órgano constitucional que posee el monopolio de la acción penal pública, que atiende el interés público y los derechos de las víctimas. El ejercicio de esta competencia constitucional no tiene más condicionamientos que los principios de oportunidad y de mínima intervención penal. Para el ejercicio de la acción penal pública la Constitución no establece excepción alguna.

**38.** La norma impugnada, artículo 581 (3), inciso final, del COIP, que exige un informe previo de la Contraloría para el ejercicio de la acción penal, contraría el reparto de atribuciones realizado por la Constitución en el artículo 195; en casos de peculado y enriquecimiento ilícito restringe la autonomía otorgada constitucionalmente a la Fiscalía; condiciona y supedita el ejercicio del monopolio de la acción penal en dichos casos y, de esta manera, altera las competencias exclusivas otorgadas por la Constitución a la Fiscalía.

**39.** El condicionamiento legal para que la Fiscalía ejerza una competencia constitucional tiene



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

varias consecuencias adversas para el ejercicio de la acción penal y para la lucha contra la corrupción, que es deber primordial del Estado, según el artículo 3 (8) de la Constitución, (...)

41. De este modo la normativa infraconstitucional restringe competencias constitucionales e impide que, como prescribe el artículo 195 de la CRE, la Fiscalía pueda tomar de forma autónoma la decisión de dirigir la investigación de oficio y ejercer la acción penal pública. (Subrayado añadido).

En concordancia con lo citado, no es posible limitar o condicionar las competencias y atribuciones constitucionales y legales de la Fiscalía General del Estado para dirigir la investigación del delito y supeditarlas a nuevas atribuciones de otras instituciones que no les corresponde el ejercicio de la acción pública penal, no sólo porque sería inconstitucional, sino también porque dificultaría la investigación del delito de modo ágil e independiente por parte de la Fiscalía General del Estado.

Ante este pronunciamiento constitucional y atendiendo a la naturaleza de una medida cautelar y la inmediatez que la misma requiere para cumplir sus objetivos en el campo de acción exclusivo de la Fiscalía General del Estado, es necesario reafirmar las competencias que sólo dicha institución tiene, sin sujeción al accionar previo de otra.

En razón de lo expuesto, a fin de evitar contradicciones entre la norma propuesta y la Constitución, se propone el siguiente texto alternativo:

*“Artículo 20.- A continuación del artículo 550 agréguese el siguiente artículo:*

**Art. 550.1.- Medida cautelar especial ante la evasión de procedimientos de contratación pública en peculado.-** *Cuando tratándose del presunto delito de peculado se hayan evadido los procedimientos pertinentes de contratación pública, la o el fiscal podrá solicitar a la o el juzgador, se disponga como medida cautelar la suspensión provisional de la contratación o de la ejecución contractual en cualquier etapa que se encontrare en curso, así como la suspensión de pagos que se encuentren en trámite.*

*Así también, la o el juzgador, podrá ordenar su reanudación total o parcial en el momento en que se hayan resuelto los elementos sobre los que se fundaron para imponer esta medida y determine que los mismos no son suficientes para mantenerla.”*

### XII **Objeción al artículo 22**

El artículo 22 del Proyecto de Ley realiza una descripción del procedimiento y tratamiento que debe darse a información que provenga de la Contraloría General del Estado, para la investigación de delitos, sin embargo, es necesario observar algunos elementos del mismo que requieren clarificación.

En el caso del segundo inciso del artículo 22 del Proyecto de Ley, se dispone que la máxima autoridad de la Fiscalía General del Estado sea quien conozca, actúe y esté presente durante toda la investigación de



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

los hechos que puedan derivarse de los informes de la Contraloría General del Estado que se sugieren en el mismo artículo.

Esta propuesta no ha considerado varias disposiciones constitucionales y legales respecto del fuero personal, que ocasionarían la inconstitucionalidad de la norma, o en su defecto, la impugnación de cualquier momento procesal de investigación del delito, por razones de competencia.

Las disposiciones constitucionales que se podría contravenir con el inciso segundo del artículo 22 del Proyecto de Ley son los artículos 128, 205 y 216, que establecen cuáles funcionarios tienen fuero de Corte Nacional.

En concordancia con estas normas constitucionales, el artículo 192 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone:

**Art. 192.- FUERO POR DELITOS DE ACCIÓN PÚBLICA.-** La Sala de lo Penal conocerá las acciones que, por responsabilidad penal de acción pública, se sigan contra el Presidente o la Presidenta de la República, el Vicepresidente o la Vicepresidenta de la República, los Asambleístas y las Asambleístas, los Consejeros y las Consejeras del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, las Juezas y Jueces de la Corte Nacional de Justicia, las y los vocales del Consejo de la Judicatura, el Defensor o Defensora del Pueblo, la o el Contralor General del Estado, el o la Fiscal General del Estado, la Defensora o el Defensor Público General, el Procurador o la Procuradora General del Estado, los Ministros y Secretarías y Secretarios de Estado, el Secretario o Secretaria General de la Administración Pública, las y los Superintendentes, los Consejeros y las Consejeras del Consejo Nacional Electoral, los jueces y juezas del Tribunal Contencioso Electoral, los jueces de las Cortes Provinciales, y los suplentes de estas autoridades, cuando estuvieren subrogándolos. Se observarán las siguientes reglas:

1. Será competente para conocer la indagación previa, la instrucción fiscal y sustanciar la etapa intermedia, una jueza o juez, designada o designado por sorteo;
2. Los recursos de apelación y de nulidad serán conocidos por tres juezas o jueces constituidas o constituidos en Tribunal, designados por sorteo;
3. La etapa del juicio será conocida por tres juezas o jueces, constituidos en Tribunal, designados por sorteo;
4. El recurso de casación será conocido por tres juezas o jueces, constituidos en Tribunal, designados por sorteo; y,
5. Para conocer el recurso de revisión serán competentes tres juezas o jueces que no hubieren intervenido en la causa, conformados en Tribunal; de ser necesario, se designarán tantos conjuces como haga falta, por sorteo.

En estos casos de fuero de Corte Nacional, la investigación pre procesal y procesal penal, así



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

como el ejercicio de la acción penal según lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal, estarán a cargo de la o el Fiscal General del Estado.

La investigación pre procesal y procesal en contra del Fiscal General, corresponderá al Fiscal General Subrogante.

En los casos de violencia intrafamiliar no se reconoce fuero especial considerando el procedimiento expedito y la intervención oportuna requerida. (Subrayado añadido)

Asimismo, en armonía con las normas referencias, respetando las garantías del debido proceso se debe aplicar las siguientes normas del Código Orgánico de la Función Judicial:

- Numeral 9 del artículo 129, se refiere al deber de las juezas y jueces de inhibirse de la causa cuando exista una razón de fuero personal que los vuelva incompetentes;
- Artículo 168, que contiene las normas relativas al mantenimiento de la competencia por fuero personal;
- Artículo 169, que determina el mantenimiento de la competencia por fuero de los tribunales y juzgados para conocer de las causas que se hubieren iniciado contra las funcionarias, funcionarios o autoridades públicas que se sujetaban a fuero en los casos establecidos en la ley, aunque posteriormente hubieren cesado en el cargo, o éste hubiere sido suprimido.

Adicionalmente a estos detalles normativos que no han sido considerados por el artículo 22 del Proyecto de Ley, se menciona que dicha disposición en los términos que ha sido recogida en el proyecto, sería inaplicable y generaría graves dilación y hasta nulidades dentro del proceso penal, afectando directamente la investigación del delito y propiciando la impunidad.

Respecto de su aplicabilidad, las causas que se desarrollaren al amparo de dicha norma, serían constantemente impugnadas en razón de lo contenido en el artículo 571 del Código Orgánico Integral Penal, que dispone:

**Art. 571.- Impugnación de competencia.-** Las partes en cualquier momento procesal podrán impugnar la competencia.

En caso de incompetencia en razón del fuero personal, territorio o los grados, la o el juzgador remitirá el expediente inmediatamente al organismo judicial correspondiente para sustanciar el proceso.

Finalmente, respecto de la nulidad que podría producirse en las causas que apliquen esta norma, se recalca que la falta de competencia del juzgador (en este caso, por razones de fuero personal) es una causa que vicia el procedimiento, conforme lo dispone el numeral 10 del artículo 652 del Código Orgánico Integral Penal, que establece:

**Artículo 652.- Reglas generales.-** La impugnación se regirá por las siguientes reglas:



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

(...)

10. Si al momento de resolver un recurso, la o el juzgador observa que existe alguna causa que vicie el procedimiento, estará obligado a declarar, de oficio o a petición de parte, la nulidad del proceso desde el momento en que se produce la nulidad a costa del servidor o parte que lo provoque. Habrá lugar a esta declaratoria de nulidad, únicamente si la causa que la provoca tiene influencia en la decisión del proceso.

Para los efectos de este numeral, serán causas que vicien el procedimiento:

- a) La falta de competencia de la o el juzgador, cuando no pueda subsanarse con la inhibición.
- b) Cuando la sentencia no reúna los requisitos establecidos en este Código.
- c) Cuando exista violación de trámite, siempre que conlleve una violación al derecho a la defensa. (Subrayado añadido)

En el caso del tercer inciso del artículo 22 del Proyecto de Ley, se hace referencia al “informe de pertinencia y favorabilidad a todos los procesos de contratación pública” elaborado por la Contraloría General del Estado, pero el inciso anterior se refiere al “informe de indicios de responsabilidad penal”, y el epígrafe únicamente menciona “Informe de la Contraloría”. Esto genera confusión respecto del alcance del artículo. Aquí se precisa que el informe de indicios de responsabilidad penal ya existe y se encuentra regulado en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, mientras que el “informe de pertinencia y favorabilidad a todos los procesos de contratación pública” es una incorporación en este Proyecto de Ley.

Respecto del informe de pertinencia y favorabilidad a todos los procesos de contratación pública, en el artículo 22 del Proyecto de Ley se establece que este informe constituirá un elemento sustancial para el desarrollo de la investigación. Este informe debería contener la siguiente información:

- Análisis de pertinencia de la contratación;
- Análisis del presupuesto referencial;
- Análisis del monto de la contratación,
- Análisis del tipo de contratación que se propone realizar;
- Plazo, legalidad y transparencia de la contratación.

Asimismo, según se ha propuesto en la Disposición Reformatoria Décima del Proyecto de Ley, el informe debe realizarse previo a la suscripción de los procesos de contratación pública y constituirá el documento habilitante para celebrar contratos en materia de compras públicas, por todas las instituciones del Estado.

Teniendo estos particulares como referencia, surgen las siguientes dudas:

- Si un proceso de contratación pública que se ha concretado contando con un informe de pertinencia y favorabilidad de la Contraloría General del Estado es denunciado por algún delito contra la eficiencia de la administración pública, el funcionario de la Contraloría General del



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

- Estado, que emitió un informe de pertinencia favorable sobre dicho proceso, tiene algún tipo de responsabilidad en el delito?
- Asimismo, si un proceso de contratación pública que se ha desarrollado contando con un informe de pertinencia y favorabilidad de la Contraloría General del Estado es denunciado cuenta con un informe de indicios de responsabilidad penal, el funcionario de la Contraloría General del Estado, que emitió un informe de pertinencia favorable sobre dicho proceso, tiene algún tipo de responsabilidad en el delito?
  - ¿Qué implicaciones jurídicas tiene la existencia de un informe de pertinencia favorable respecto de un proceso de contratación pública en el cual se ha determinado que existió un delito que tiene sentencia condenatoria?

El inciso tercero del artículo 22 del Proyecto de Ley genera todas estas incógnitas, lo cual complica el desarrollo de la investigación del delito haciéndola más compleja, incorporando un informe del cual no se justifica su necesidad de incorporación.

En atención a todo lo expuesto, a fin de viabilizar la aplicación de la norma en su parte adjetiva, se propone el siguiente texto alternativo:

*“Artículo 22.- A continuación del artículo 581, agréguese el siguiente artículo:*

***Art. 581.I.- Informes de la Contraloría General del Estado.-** Cuando la Fiscalía General del Estado conozca un informe con indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado, por presuntos hechos constitutivos de los delitos contra la administración pública, dará inicio a las investigaciones inmediatamente.*

*En estos casos, si existiese un informe de pertinencia y favorabilidad elaborado por la Contraloría General del Estado en el proceso de contratación pública, éste será requerido a dicha institución por la o el fiscal del caso, quien podrá solicitar su ampliación, de considerarlo necesario.*

*En ningún caso estos informes constituyen un requisito de admisibilidad o procedibilidad para el ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía.”*

### XIII

#### Objeción a la Disposición Transitoria Única

La actualización de instrumentos normativos es un proceso que facilita la implementación de las mejoras en el ejercicio de las funciones institucionales correspondientes. Para efectos de este Proyecto de Ley particular es necesario contar con el criterio técnico de la Contraloría General del Estado.

En virtud de lo expuesto, se sugiere el siguiente texto:

*“Disposición Transitoria Única.- El Ejecutivo en el plazo máximo de treinta días adecuará el*



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

*Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, para dar cumplimiento a la Disposición Reformatoria Décima, que agrega a continuación del artículo 18, el artículo 18.1 relativo al Informe de pertinencia previo a todos los procesos de contratación pública, en cumplimiento con lo dispuesto en la presente Ley. Para lo cual, requerirá el criterio técnico de la Contraloría General del Estado.*

### XIV

#### **Objeción a la Disposición Reformatoria Segunda**

La letra a. de la Disposición Reformatoria Segunda sustituye el vigente numeral 16 del artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, asignando al Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) la atribución de certificar a los servidores públicos como operadores del Sistema Nacional de Contratación Pública. No obstante, la parte final del artículo propuesto, contiene expresiones demasiado amplias o ambiguas que podrían provocar que esta atribución se vuelva inaplicable o que, a su vez, entorpezca el normal desarrollo de los procedimientos de contratación en las diferentes entidades del Estado.

Tal como se encuentra formulada la norma, todos los servidores públicos que participan en las fases del procedimiento de contratación, deben estar certificados por el SERCOP. Al respecto se debe señalar que según la normativa vigente, los procedimientos de contratación están comprendidos por las fases preparatoria, precontractual, contractual, de ejecución y de evaluación, en las que participan un sinnúmero de servidores y autoridades tanto en el ejercicio de una función técnica como en el nivel de decisión.

Bajo el supuesto previsto por la norma aprobada por la Asamblea Nacional, la máxima autoridad de una entidad contratante, aun cuando hubiera participado en un procedimiento de contratación únicamente en el momento de aprobar el Plan Anual de Contrataciones (PAC) que pertenece a la fase preparatoria, debería someterse a la certificación del SERCOP que avale sus conocimientos y habilidades en el ámbito de la contratación pública, lo que resulta innecesario e impropio.

Por las razones anotadas, propongo el siguiente texto alternativo:

**“SEGUNDA.-** *Reformase el artículo 10 de la siguiente manera:*

*a. Sustitúyase el numeral 16 por el siguiente:*

*“16. Certificar a los servidores públicos de las entidades contratantes como operadores del Sistema Nacional de Contratación Pública, y a las personas interesadas en ingresar al servicio público, a fin de avalar sus conocimientos y habilidades. El Servicio Nacional de Contratación Pública definirá en la norma técnica correspondiente, los servidores públicos que se someterán a los procesos de certificación.”*





## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

### XV

#### **Objeción a la Disposición Reformativa Tercera**

El control de los procedimientos de contratación pública se encuentra institucionalizado, es necesario precisar que el actual control de la contratación pública que realiza el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP con base en sus competencias y atribuciones, no es una revisión meramente documental, ya que se lo hace a través de un sistema automático eficiente, que consiste en la aplicación de un modelo de riesgos que supervisa electrónicamente los procedimientos de contratación, y con análisis de gestión masiva de datos supervisa aspectos legales, económicos, de vinculación y de participación, inclusive en casos de emergencia. Una de las principales barreras que han impedido el control gubernamental ha sido precisamente normas legales que impiden contar con información de las contrataciones en tiempo real y someterla al análisis respectivo.

En el número 9 del artículo 9, número 5 y 11 del artículo 10, número 1 del artículo 14 y artículo 21 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para un mejor y mayor control, todos los procedimientos de contratación pública son automatizados, en una plataforma que se interconecta con otras instituciones públicas para obtener la información de forma ágil y transparente. La contratación pública moderna es electrónica, así como el control y supervisión de los procedimientos de contratación en todas sus fases.

Los procedimientos de supervisión que actualmente instruye el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, suelen concluir con la declaratoria de desierto o cancelación del procedimiento de contratación, por lo que es importante fomentar la atribución de las entidades contratantes de rectificar las actuaciones erróneas que han sido observadas por este Servicio Nacional.

Adicionalmente, es necesario fortalecer a nivel de ley orgánica la facultad del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP de ordenar la declaratoria de desierto de un procedimiento de contratación pública cuando, una vez realizado el debido procedimiento de supervisión, se haya determinado la inobservancia a los principios y normas del Sistema Nacional de Contratación Pública que no son susceptibles de rectificación, así como la vulneración a los derechos de los proveedores participantes.

En tal sentido, se propone el siguiente texto alternativo:

***“TERCERA.-*** Sustitúyase el artículo 15 por el siguiente:

***Art. 15.- Subsistema Nacional de Control.-*** Dentro del Sistema Nacional de Contratación Pública -SNCP- existirá el Subsistema Nacional de Control, conformado por todos los organismos y entidades que efectúen control gubernamental, en relación con cualquier actuación o contratación efectuada al amparo de esta Ley, por parte de cualquier actor del Sistema Nacional de Contratación Pública.

*Conformarán este subsistema, entre otras, la Contraloría General del Estado, Procuraduría General del Estado y Fiscalía General del Estado, el ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, y las*



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

*superintendencias acordes a la materia, a efectos de lo cual estas entidades deberán suscribir los convenios interinstitucionales que se requiera.*

*El Subsistema Nacional de Control tendrá como deber efectuar un control coordinado, articulado, interconectado, permanente y eficaz de cualquier situación o irregularidad que se presentare en la contratación pública, conforme el ámbito de competencias de cada entidad. Será esencial la implementación de herramientas, normativa, alertas, análisis o cualquier mecanismo de innovación que permita combatir la corrupción.*

*Corresponde a los organismos de control del Estado, dentro del marco de sus atribuciones, realizar los controles a los procedimientos de contratación pública efectuados por las entidades contratantes.*

*El ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública informará a la Contraloría General del Estado, Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Procuraduría General del Estado, y demás entidades de control y regulación en el ámbito de sus competencias, cada vez que conozca el cometimiento de infracciones a lo dispuesto en esta Ley. Esta información será pública y se reportará en el Portal de Compras Públicas.*

*Si resultado del ejercicio de control se conociera de la comisión de un presunto delito, se pondrá en conocimiento de la Fiscalía General del Estado.*

*Las entidades mencionadas en el inciso anterior, actuarán conforme a sus competencias y atribuciones una vez recibida la notificación del ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública, sin perjuicio de su actuación de oficio.*

*El control gubernamental en el Sistema Nacional de Contratación Pública será oportuno, y no será obstaculizado ni impedido por ninguna autoridad administrativa o judicial."*

### XVI

#### **Objeción a la Disposición Reformatoria Quinta**

Respecto de la Disposición Reformatoria Quinta, se observa que la misma corresponde a una reforma dentro de los procedimientos de contratación pública que estaría orientada a viabilizar el desarrollo del informe de pertinencia y favorabilidad previo a todas las contrataciones, dentro de los procedimientos de contratación pública.

Sin embargo, dentro de la propuesta se observa una ligera confusión respecto de las etapas del procedimiento de contratación pública. A lo largo de toda la propuesta se enuncian distintos momentos del procedimiento de contratación pública para aplicar el informe; por ejemplo, la propuesta indica que el informe se solicitará inmediatamente apenas se conozca de la necesidad de contratación y que se adjuntará toda la documentación de respaldo, pero la propuesta no considera que al momento de conocer de la necesidad, aún no existe documentación de respaldo, sólo existe un informe de necesidad que da a conocer a la máxima autoridad lo que se requiere contratar; es decir, en este punto aún no ha iniciado proceso de contratación alguna.



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Se observa también que el artículo propuesto establece suspensiones del procedimiento ante irregularidades generando nuevos plazos contradictorios a los plazos y procedimientos de suspensión ya considerados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Finalmente, siendo este punto particularmente relevante, el artículo propuesto, al establecer que ante una no subsanación de las irregularidades, se deberá notificar a la Fiscalía General del Estado sobre esos particulares, realiza una descripción del proceso penal, sugiriendo que el mismo empieza al revés, de la siguiente manera:

- 1) La Fiscalía General del Estado deberá encontrar elementos de convicción;
- 2) Luego, la Fiscalía General del Estado deberá aperturar una investigación; y,
- 3) Finalmente, activará el ejercicio de la acción penal pública.

El orden lógico de estos momentos sugeridos es:

- 1) Activar el ejercicio de la acción penal pública mediante la apertura de una investigación previa;
- 2) Recabar elementos de convicción;
- 3) En base a los elementos de convicción de cargo y de descargo, formular cargos y solicitar la apertura de la instrucción fiscal;
- 4) Desarrollar la investigación dentro de la instrucción fiscal, y en caso de existir elementos, formular dictamen acusatorio y continuar con las etapas del proceso penal contenidas en el Código Orgánico Integral Penal.

Se pone de manifiesto que no es posible poner en vigencia una disposición dentro la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que sea contraria al Código Orgánico Integral Penal, puesto que dicha imprecisión podría genera inseguridad jurídica.

En virtud de todo lo expuesto, a fin de contar con una norma que pueda ser aplicada en concordancia con el resto de normas vigentes que intervienen en la materia, se propone el siguiente texto alternativo:

*“QUINTA.- A continuación del artículo 22, agréguese el siguiente artículo:*

**Art. 22.1.- Procedimiento para la obtención de informe previo en las contrataciones públicas.-** *La Contraloría General del Estado emitirá un informe razonado, como requisito previo para la suscripción, por parte de las entidades y organismos del sector público, incluyendo las empresas públicas y subsidiarias, de todo contrato de adquisición de bienes, prestación de servicios incluidos los de consultoría y/o fiscalización y ejecución de obras; así como para la suscripción de contratos complementarios, de acuerdo a los parámetros que serán establecidos en el reglamento de la Ley.*

*La Contraloría General del Estado emitirá este informe previo de control de conformidad con lo siguiente:*



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

1. La entidad contratante, una vez finalizada la calificación de ofertas y previo a la adjudicación, deberá notificar a la Contraloría General del Estado con la solicitud de informe previo para esta adjudicación, remitiendo toda la documentación de respaldo que tenga en su poder, dentro del plazo de cinco días.

*En caso de presentarse reclamaciones o denuncias, o en caso de que el SERCOP se encuentre realizando una supervisión al procedimiento de contratación, dichas acciones deberán concluir previo a la solicitud del informe a la Contraloría General del Estado.*

2. Una vez realizada dicha notificación, la Contraloría General del Estado en el término máximo de tres días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud, podrá requerir motivadamente a la entidad la presentación de documentos o información que requiera para emitir su informe. La entidad contratante contará con un término máximo de tres días para atender dicha solicitud.

*En caso de que la entidad contratante no atienda el requerimiento en el término fijado, volverá a iniciar la solicitud de informe previo de control.*

3. Una vez que la Contraloría General del Estado cuente con la documentación e información de manera completa emitirá su informe previo en el término máximo de veinte (20) días, en el caso de ser favorable. Con el informe es favorable para que proceda la adjudicación, se podrá continuar de manera regular con el resto del procedimiento establecido para el efecto en la Ley.

*El informe previo será publicado en la página web de la Contraloría General del Estado; y, deberá ser comunicado inmediatamente a la entidad solicitante la misma que será responsable de publicar este informe en el portal de COMPRASPUBLICAS.*

4. De existir algún tipo de irregularidad en la contratación que se pretende efectuar, la Contraloría General del Estado, en el término previsto en el numeral anterior, emitirá su pronunciamiento solicitando que la entidad contratante subsane o aclare en el término máximo de siete días. De no hacerlo, la Contraloría General del Estado emitirá el informe desfavorable a la adjudicación.

*El pronunciamiento final de la Contraloría General del Estado deberá emitirse en un término no mayor a veinte (20) días, contados desde la culminación del término máximo establecido en el inciso anterior.*

*Ninguna contratación podrá continuar con un informe desfavorable de la Contraloría General del Estado, por lo que en caso de no favorabilidad la entidad contratante procederá con la declaratoria de desierto del procedimiento.*

*Sin perjuicio de lo establecido en este artículo, la Contraloría General del Estado podrá iniciar un examen especial en caso de considerarlo pertinente, en cualquier momento.*



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

*En todos los casos, la Contraloría General del Estado actuará con estricto apego a los principios previstos en esta Ley, y de manera especial con los previstos en el Capítulo Segundo del Título I del Código Orgánico Administrativo”.*

### XVII

#### **Objeción a la Disposición Reformatoria Sexta**

Esta Disposición incluye reformas muy importantes para el fortalecimiento del control de la contratación pública y la prevención de la corrupción desde el ámbito de las competencias del Sistema Nacional de Contratación Pública, siendo así es necesario que se incluyan algunos elementos al articulado que reforma el procedimiento de contratación por emergencia, ya que esto permitirá que este procedimiento responda a las necesidades apremiantes que podrían tener las entidades contratantes en circunstancias de emergencia en donde necesiten responder oportunamente para salvaguardar derechos constitucionales.

En virtud de lo expuesto, se propone el siguiente texto alternativo:

*“SEXTA.- Sustitúyase el artículo 57 por el siguiente texto:*

**Art. 57.- Declaratoria de emergencia.-** *Para atender las situaciones de emergencia definidas en esta Ley, previamente a iniciarse cualquier contratación, la máxima autoridad de la entidad contratante deberá emitir una resolución motivada que declare la emergencia para justificar las contrataciones, dicha resolución se publicará de forma inmediata a su emisión en el portal de COMPRAS PÚBLICAS. La facultad de emitir esta resolución no podrá ser delegable. El SERCOP establecerá el tiempo de publicación de las resoluciones emitidas como consecuencia de acontecimientos graves de carácter extraordinario, ocasionados por la naturaleza o por la acción u omisión del obrar humano.*

*Para el efecto, en la resolución se calificará a la situación de emergencia como concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva, así mismo se declarará la imposibilidad de realizar procedimientos de contratación comunes que permitan realizar los actos necesarios para prevenir el inminente daño o la paralización del servicio público.*

*El plazo de duración de toda declaratoria de emergencia no podrá ser mayor a sesenta (60) días, y en casos excepcionales podrá ampliarse bajo las circunstancias que determine el SERCOP.*

**Art. 57.I.- Contrataciones de emergencia.-** *La entidad contratará bajo responsabilidad de la máxima autoridad, las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, que se requieran de manera estricta para superar la situación de emergencia. Podrá, inclusive, contratar con empresas extranjeras sin requerir los requisitos previos de domiciliación ni de presentación de garantías; los cuales se cumplirán una vez suscrito el respectivo contrato, sin que se excluya de este tipo de procesos la entrega de garantías indispensables para el buen uso de recursos públicos, que fueren pertinentes acorde a la Ley.*



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

*Las contrataciones que se efectúen producto de la declaratoria de emergencia tendrán relación directa y objetiva con el problema o situación suscitada. No se podrá utilizar la emergencia para realizar contrataciones que se encontraban planificadas en la entidad, salvo que la contratación fuese estrictamente necesaria y tenga relación directa con la situación de emergencia.*

*En ningún caso las contrataciones realizadas bajo este procedimiento serán usadas para solventar las omisiones o deficiencias en la planificación institucional; o, evadir los procedimientos de contratación pública.*

*Tampoco se podrá realizar contrataciones cuyo plazo de ejecución contractual se extienda más allá del tiempo previsto para la declaratoria de emergencia; caso contrario, este tipo de contrataciones constituirán la presunción de hecho de que la contratación no fue necesaria para superar la situación de emergencia.*

*En cada contratación, la entidad contratante tendrá en cuenta la experiencia, capacidad económica y jurídica del proveedor seleccionado, salvo en situaciones excepcionales donde por extrema urgencia y necesidad de disponibilidad inmediata para proteger derechos constitucionales como la vida, la salud o la integridad personal, se deba obviar justificadamente estos requisitos. Toda contratación de emergencia deberá contar con la disponibilidad de recursos financieros.*

*De forma ágil, rápida, transparente y sencilla, la entidad levantará los requerimientos técnicos o términos de referencia; posterior a esto, procederá a analizar el mercado para que, a través de una selección de proveedores transparente, defina al contratista, procurando obtener los mejores costos según la naturaleza del bien, servicio, obra o consultoría, y teniendo en cuenta al tiempo de entrega y/o forma de pago como parámetros para definir el mejor costo. En los casos excepcionales de extrema urgencia y necesidad de disponibilidad inmediata para proteger derechos constitucionales como la vida, la salud o la integridad personal, el SERCOP podrá regular un procedimiento de contratación directa.*

*La entidad contratante recopilará toda la información generada, por cualquier medio en un expediente que servirá para el respectivo control gubernamental.*

*Las entidades contratantes publicarán conforme sean expedidos y de manera inmediata: la resolución de declaratoria de emergencia, los contratos o documentos que instrumenten las contrataciones en situación de emergencia, así como informes parciales de dichas contrataciones a efectos de llevar a cabo el control previsto en el artículo 14 de la Ley.*

*La realización de contrataciones por situación de emergencia, no exime a las entidades contratantes de aplicar también las disposiciones que regulan las etapas contractuales y de ejecución contractual, siempre y cuando dichas disposiciones no atenten contra la naturaleza ágil, inmediata, rápida, transparente y sencilla de dichas contrataciones. En caso que se requiera determinados actos notariales, y que los servicios notariales en el país no estuviesen disponibles, se utilizarán instrumentos privados, fedatarios administrativos y/o se postergará estas*



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

*actuaciones, según sea el caso, hasta que estos servicios vuelvan a la normalidad.*

*Durante los procedimientos contractuales que se realicen por situaciones de emergencia, los órganos y entidades del Estado, podrán solicitar a la Contraloría General del Estado el respectivo asesoramiento, sin que dicha asesoría implique vinculación en la toma de decisiones.*

**Art. 57.2.- Cierre y control de la emergencia.-** *En todos los casos, una vez superada la situación de emergencia, la máxima autoridad de la entidad contratante publicará en el Portal de COMPRAS PÚBLICAS un informe que detalle las contrataciones realizadas y el presupuesto empleado, con indicación de los resultados obtenidos. En caso de incumplimiento de las publicaciones de la resolución de emergencia, los contratos derivados de la misma o los informes señalados en este artículo, el SERCOP notificará a la Contraloría General del Estado este particular, en el término máximo de diez (10) días contados desde la fecha de emisión del respectivo informe.*

*En las contrataciones en situación de emergencia, el SERCOP, la Contraloría General del Estado o la Procuraduría General del Estado podrán en cualquier momento iniciar las acciones de control necesarias para garantizar el cumplimiento de las reglas y principios de esta Ley, por lo que, podrá recomendar a la entidad contratante la suspensión de cualquier actuación o inclusive de la declaratoria de emergencia. Cualquier ocultamiento de información que impida las acciones de control gubernamental pertinentes, como la omisión injustificada de las publicaciones respectivas, en los términos previstos, será sancionado conforme a la Ley."*

### XVIII

#### **Objeción a la Disposición Reformatoria Décima**

La Disposición Reformatoria Décima dispone el desarrollo de un "informe de pertinencia previo a todos los procesos de contratación pública" mismo que deberá ser solicitado a la Contraloría General del Estado cada vez que cualquier institución pública desee iniciar un proceso de compras públicas, este informe deberá ser entregado por la Contraloría General del Estado en el plazo máximo de quince (15) días.

Del análisis de la propuesta, se observa que la misma se ha desarrollado sin considerar la estructura ni magnitud de los procesos de compras públicas en el Estado ecuatoriano.

Conforme información provista por el Servicio Nacional de Contratación Pública, como dato referencial, de Enero a Diciembre de 2019, a nivel nacional se realizaron 339.957 procesos de compras públicas, este total integra a todos los procedimientos y regímenes de contratación contemplados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. La disposición general de desarrollar este informe implicaría que, o bien la Contraloría General del Estado dedique todo su contingente al desarrollo de estos informes para cumplir con el plazo máximo de 15 días, o en su defecto, no se realice el informe y se genere una suerte de "informe favorable ficto".

Siendo este el escenario, ninguna de estas situaciones es viable; por un lado, no es lo más óptimo para el combate a la corrupción la imposición de una carga laboral que haga que otras responsabilidades de la